

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 273 vom 12. Januar 2021**

BE Verwaltungsgericht, 2021-01-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2019\\_273](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2019_273)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 273 du 12 janvier 2021

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2019 273 del 12 gennaio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerden als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 6

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit ihren Hauptbegehren, der angefochtene Entscheid sei vollumfänglich aufzuheben, was auch das Nichteintreten auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 und deren Beiladung zum Verfahren mitumfassen würde (Dispositiv Ziff. 2; vorne Bst. C). Aus den übrigen Anträgen und den Begründungen ergibt sich aber, dass sie den angefochtenen Entscheid insoweit nicht in Frage stellen. Ihre Hauptbegehren sind deshalb so auszulegen, dass sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids mit Ausnahme von Dispositiv Ziffer 2 beantragen (zur Auslegung der Rechtsbegehren z.B. BVR 2016 S. 560 E. 2 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin 2 kann als Beigeladene im Verfahren vor der BVE selbständig Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben (vgl. Art. 14 Abs. 2 VRPG; BVR 1995 S. 424 E. 1e; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 14 N. 12; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 47). Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

### **E. 1.3**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

### **E. 2**

Juni 2016 bestätigte (vorne Bst. B).

### **E. 2.1**

Die realisierte Überbauung umfasst zwei Mehrfamilienhäuser. Auf den Attikadächern befinden sich quadratische Liftaufbauten, drei beim Haus Ost und eine beim Haus West.

Die Lüftungsanlagen befinden sich ebenfalls auf den Attikadächern und bestehen je aus einem Monoblock und Kanälen für die Zu- und Abluft. Die Monoblocke sind rund 6,9 bzw. 6,7 m lang und 1,1 bzw. 0,7 m breit. Ihre Höhe beträgt 1,89 m. Die Kanäle liegen nicht direkt auf dem Attikadach auf und erreichen eine geringere Höhe als der Monoblock. Aus ästhetischen Gründen ist in den Plänen zum nachträglichen Baugesuch um Monoblock und Kanäle jeweils ein 1,5 m hoher Sichtschutz aus Streckmetall vorgesehen (Einhausung). Der Sichtschutz

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 7 folgt dem Verlauf der Kanäle. Er erstreckt sich (wie diese) beim Haus Ost über eine Länge von 45,04 m und ist im Bereich der drei Liftaufbauten 6,04 m breit; das Attikadach ist bis 57,35 m lang und 11,07 m breit. Beim Haus West misst der Sichtschutz in der Länge 14,2 m und beim Liftaufbau in der Breite 6,02 m, während das asymmetrische Attikadach bis rund 28,4 m lang und mit Ausnahme des nördlichen Teils 10,28 m breit ist. Die Oberkante (OK) des Sichtschutzes entspricht bei beiden Häusern der OK des Monoblocks, die sich jeweils auf einer Höhenkote von 571,9 m ü. M. befindet (zum Ganzen Pläne Grundriss Dachaufsicht sowie Fassaden HO und HW mit Stempel Projektänderung; Fotomontage; alles im Mäppli hinten in act. 4B; Fotografien mit Kanälen auf dem Dach, act. 4B pag. 143 f.).

## **E. 2.2**

Zum bewilligten Zustand ergibt sich Folgendes:

### **E. 2.2.1**

Die Beigeladene führt aus, ursprünglich hätten die zentralen Anlagen der Komfortlüftung jeweils im Untergeschoss erstellt und in den Wohnungen je ein Einzelgerät installiert werden sollen. Auf dem Dach seien nur die üblichen Abluftinstallationen vorgesehen gewesen. In der Ausführungsplanung sei das entsprechende Konzept (sog. HLKE Konzept) geändert und die zentralen Installationen neu auf den Attikadächern vorgesehen worden. Die Beteiligten seien davon ausgegangen, dass die Lüftungsanlagen ohne weiteres bewilligungsfähig seien und im «Planaustauschverfahren formalisiert» werden könnten. Soweit der Gemeinde definitive Ausführungspläne übergeben worden seien, wie zum Beispiel der definitive Umgebungs-gestaltungsplan, seien die Monoblocke auf dem Dach dargestellt. Die Gemeinde habe den Ausführungsplan zur Umgebungsgestaltung am 13. Oktober 2015 als bewilligt gestempelt (Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 7-10, 23).

### **E. 2.2.2**

Die Baubewilligung für die beiden Mehrfamilienhäuser erteilte das AGR am 23. Mai 2014 im kombinierten Verfahren gemäss Art. 88 Abs. 6 BauG (vgl. dazu Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 5./4. Aufl. 2020/2017, Art. 1 N. 29). Auf den ursprünglich bewilligten Plänen sind auf den Attikadächern weder die Monoblocke noch die Kanäle eingezeichnet (Pläne in act. 4B1). Ist die Änderung eines rechtmässig bewilligten Projekts wie hier baubewilligungspflichtig, ist eine Zusatzbewilligung zur Baubewilligung einzuholen. Aus dem schriftlichen Gesuch für die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 8 Änderung des bewilligten Projekts muss genau ersichtlich sein, was im Vergleich zum ursprünglichen Vorhaben geändert wird. In der Regel bedarf es dazu auch angepasster Projektpläne (vgl. Art. 10 ff. des Dekrets vom 22. März 1994 über das

Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Die alten Pläne sind in jedem Fall von der Baubewilligungsbehörde als ungültig abzustempeln. Die Bewilligung der Projektänderung bzw. hier die Zusatzbewilligung ist sodann schriftlich auszustellen; sie kann weder mündlich noch konkludent (z.B. durch Bauabnahme) erteilt werden (BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2, 2004 S. 440 [VGE 21198/21200 vom 18.12.2003] nicht publ. E. 2.2.3; VGE 2015/269 vom 19.5.2016 E. 3.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 15). Es wird von keiner Seite geltend gemacht und es ergibt sich auch nicht aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin 1 ein Gesuch um Zusatzbewilligung eingereicht hätte und die Gemeinde die Lüftungsanlagen anschliessend in einem förmlichen Baubewilligungsverfahren mit Anhörung (mindestens) der Nachbarinnen und Nachbarn geprüft hätte. Es trifft zwar zu, dass die Lüftungsanlagen (Monoblöcke und Kanäle) im von der Bauverwaltung der Gemeinde mit dem Stempel «bewilligt» versehenen Ausführungsplan Umgebung eingezeichnet sind (vom 26.11.2014, letzte Revision 17.8.2015, in act. 4B2). Das von der Beigeladenen angesprochene «Planaustauschverfahren» bzw. die Übergabe von «definitiven Ausführungsplänen» kann ein förmliches Baubewilligungsverfahren aber nicht ersetzen (zum Ganzen VGE 2016/93 vom 12.12.2016 E. 3.4.3 [bestätigt durch BGer 1C\_48/2017 vom 22.12.2017 E. 6]). Die Lüftungsanlagen sind folglich nicht bewilligt. Die Beigeladene beantragt, es seien die Akten zum ursprünglichen Baugesuch beim AGR einzuholen. Die entsprechenden Pläne befinden sich bereits in den Akten (vgl. act. 4B1). Der Instruktionsrichter hat zudem Unterlagen zur ÜO eingeholt (vorne Bst. D). Die Lüftungsanlagen sind in den ursprünglichen Plänen nicht eingezeichnet, was unbestritten ist. Die Beigeladene führt nicht aus, inwieweit zusätzliche Akten zum ursprünglichen Baugesuch aufschlussreich sein könnten; dies ist auch nicht ersichtlich. Der Beweisantrag wird abgewiesen.

### **E. 2.3**

Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, setzt die Baupolizeibehörde

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 9 der Grundeigentümerin bzw. dem Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn die oder der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist gegebenenfalls zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. b und c BauG). Bei vollständiger oder teilweiser Bewilligung des Bauvorhabens fällt die Wiederherstellungsverfügung im entsprechenden Umfang dahin. Im Fall des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; sie setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist (Art. 46 Abs. 2 Bst. d und e BauG).

### **E. 2.4**

Die Gemeinde legte das nachträgliche Baugesuch für die Lüftungsanlagen der OLK vor. Diese gab am 17. Mai 2016 zunächst eine negative Beurteilung ab, weil die Dachaufbauten von verschiedenen Standorten aus stark in Erscheinung träten. Unter anderem führte sie aus, die markante Dachlinie, welche die Gebäudevolumen stark definiere, werde durch die

vielgliedrigen, unruhig strukturierten Dachaufbauten optisch aufgelöst (act. 4B pag. 17 f.). Die Beigeladene schlug in der Folge vor, die Lüftungsanlagen mit einem Sichtschutz (Einhausung) zu verbergen (Schreiben an Gemeinde vom 18.8.2016, act. 4B pag. 119 f.). Nachdem die OLK ein Muster des Materials vor Ort begutachtet hatte (vgl. Stellungnahme OLK vom 1.11.2016, act. 4B pag. 15 f.), beurteilte sie die Lüftungsanlagen mit dem Sichtschutz positiv. Es gelinge den Projektverfassern, die technischen Aufbauten mit dem Sichtschutz so zusammenzufassen, dass sie mit den Gebäuden als Einheit und dadurch als nicht störend in Erscheinung träten (Bericht vom 18.7.2017, act. 4B pag. 13 f.). In der Folge reichte die Beschwerdeführerin 1 ein angepasstes Gesuch ein, mit dem sie die nachträgliche Bewilligung der Lüftungsanlagen und die Bewilligung des noch nicht bestehenden Sichtschutzes beantragte sowie ihr Ausnahmegesuch vom

### **E. 2.5**

Nach Auffassung der Gemeinde sind die Lüftungsanlagen keine Dachaufbauten im Sinn von Art. 10 Abs. 1 ÜV; es liege auch keine Aus-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 10 nahmesituation im Sinn von Art. 26 BauG vor. Zudem widersprechen die Lüftungsanlagen ihrer Ansicht nach auch mit dem Sichtschutz den Gestaltungsvorschriften von Art. 7 Abs. 1 ÜV.

### **E. 3**

Zu prüfen ist zunächst, ob die Vorinstanz die Auslegung der Gemeinde von Art. 10 Abs. 1 ÜV zu Recht geschützt hat.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 10 Abs. 1 ÜV gelten für die maximalen Gebäudehöhen der Baufelder die im Überbauungsplan eingetragenen Koten (Satz 1). Diese bezeichnen oberkant Flachdach des obersten Geschosses (Satz 2). Dachaufbauten wie Oberlichter, Sonnenkollektoren, Kamine, Liftaufbauten etc., dürfen die angegebenen Koten im technisch bedingten Ausmass überschreiten (Satz 3). Art. 10 ÜV trägt den Randtitel «Gebäudehöhen, Terrainhöhen, Koten».

#### **E. 3.2**

Die Gemeinden sind im Bereich ihrer Bau- und Zonenordnung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen und der übergeordneten Planung autonom (Art. 65 Abs. 1 BauG). Ihnen kommt deshalb bei der Anwendung ihrer eigenen Normen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu und die Rechtsmittelinstanzen auferlegen sich entsprechend gegenüber der Auffassung der Gemeinde eine gewisse Zurückhaltung. Beurteilungsspielraum geniessen die Gemeinden allerdings nur bei der Wahl zwischen mehreren rechtlich haltbaren Auslegungen einer Norm (statt vieler BVR 2019 S. 51 E. 6.2, 2016 S. 79 E. 4.6, je mit Hinweisen). Nach der Gemeinde gelten als Dachaufbauten im Sinn von Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ÜV einzelne aus der Dachfläche herausragende Bauteile, die einen direkten Bezug zum Dach aufweisen bzw. technisch bedingt auf dem Dach angeordnet werden müssen (Verfügung vom 5.2.2019 E. 3.2, act. 4B pag. 5, 6. Abschnitt). Die Vorinstanz hat diese Auslegung als rechtlich haltbar beurteilt. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen hat sie mit diesem Prüfungsmassstab ihre Kognition nicht in unzulässiger Weise beschränkt (Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 60 ff.). Das Verwaltungsgericht hat den angefochtenen Entscheid nach denselben Grundsätzen zu überprüfen (vgl. auch vorne E. 1.3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 11

### **E. 3.3**

Bei der Auslegung von Gemeindevorschriften kann berücksichtigt werden, ob die Gemeinde ihre Auslegung von Anfang an vertreten hat (BVR 2010 S. 113 E. 4.4.3 a.E.). Es trifft zu, dass die Gemeinde das nach- trägliche Baugesuch zunächst der OLK vorgelegt hat und damit ästhetische Fragen zur Diskussion standen (vorne E. 2.4; vgl. auch Schreiben der Ge- meinde vom 24.6.2016, act. 4B pag. 121). Die Gemeinde teilte der Be- schwerdeführerin 1 aber bereits am 6. April 2016 mit, dass die Lüftung nicht als technisch bedingt angesehen werde und ein Ausnahmegesuch zu Art. 10 ÜV einzureichen sei (act. 4B pag. 122 f.). Die Gemeinde hat somit weder widersprüchlich gehandelt noch (berechtigtes) Vertrauen erweckt. Daran ändert nichts, dass in der Kommission für Bau und Betrieb der Ge- meinde zunächst keine Einigkeit darüber bestand, ob die Dachaufbauten nach Art. 10 Abs. 1 ÜV zulässig sind (Protokollauszug vom 21.3.2016, act. 4B pag. 135 f.), der Bauverwalter nach Angaben der Beigeladenen eine andere Auslegung vertrat und der die Gemeinde beratende Rechts- anwalt am 5. März 2016 die Einschätzung abgab, es seien mehrere Ausle- gungen möglich (vgl. zum Ganzen Beschwerden Rz. 29-32 und Stellung- nahme der Beigeladenen vom 4.12.2019 Rz. 15 ff. und 50). Der Beweisan- trag der Beigeladenen wird abgewiesen, es sei bei der Bauverwaltung die Einschätzung des Rechtsanwalts einzuholen.

### **E. 3.4**

Soweit die Beigeladene zudem eine Verletzung der behördlichen Begründungspflicht geltend macht (Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 61 ff. und 35), gilt Folgendes: Als Bestandteil des Anspruchs auf recht- liches Gehör verlangt die Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 der Bundes- verfassung [BV; SR 101]; Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 21 ff. VRPG; vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG), dass wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Das be- deutet aber nicht, dass sie sich ausdrücklich mit sämtlichen Behauptungen und Einwänden auseinandersetzen muss; vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (statt vieler BGE 142 II 154 E. 4.2 [Pra 105/2016 Nr. 98]; BVR 2018 S. 310 E. 3.5). Die Vorinstanz hat ihre Begründungspflicht nicht verletzt, weil sie nicht aus- drücklich auf einzelne Auslegungselemente eingegangen ist. Ihren Erwä- gungen ist ohne Weiteres zu entnehmen, weshalb sie die Auslegung der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 12 Gemeinde als rechtlich haltbar erachtet (angefochtener Entscheid E. 2e f.). Ob die Erwägungen schlüssig sind, betrifft nicht die Begründungspflicht, sondern ist im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen.

### **E. 3.5**

Die Gemeinde leitet aus Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ÜV zwei Vorausset- zungen ab, unter denen Dachaufbauten die maximale Gebäudehöhe über- schreiten dürfen: Es muss sich zum einen um «einzelne aus der Dach- fläche herausragende Bauteile» handeln und zum andern müssen diese einen direkten Bezug zum Dach aufweisen bzw. «technisch bedingt» sein (vorne E. 3.2).

### **E. 3.5.1**

Die Gebäudemasse stellen ein Hauptmerkmal einer Baute dar und prägen diese und ihre Wirkung auf die Umgebung wesentlich (BVR 2016 S. 79 E. 3.4). Weist eine Anlage auf dem Dach erhebliche Dimensionen auf, wird sie als obere Begrenzung wahrgenommen und sind ihre Auswirkungen auf die Umgebung folglich mit denjenigen eines Gebäudes bzw. eines weiteren Geschosses vergleichbar (vgl. VGE 2011/345 vom 23.10.2012 E. 3.8.2 a.E.; für gegenteilige Beispiele VGE 2014/298 vom 1.9.2015 E. 3.2 [bestätigt durch BGer 1C\_510/2015 vom 13.6.2016; betreffend Mastenkonstruktion] und BVR 2006 S. 335 [VGE 21598/21602- 21604U2 vom 14.6.2005] nicht publ. E. 11 [betreffend Abluftkamin]; ferner RR 5.7.1978, in BVR 1980 S. 4 E. 2b [betreffend Antennenmast]). Die in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ÜV als Beispiele für zulässige Dachaufbauten erwähnten Oberlichter, Kamine und Liftaufbauten haben keine solche Wirkung, da sie nur eine begrenzte Fläche des Dachs punktuell überragen. Die ebenfalls genannten Sonnenkollektoren können zwar einen erheblichen Teil der Dachfläche bedecken. Die Vorinstanz hat aber zutreffend festgehalten, dass solche Anlagen in der Regel nicht besonders hoch sind. Hinzu kommt, dass Sonnenkollektoren ohne Weiteres als solche erkennbar sind und keine gebäudeähnlichen Formen aufweisen. Ihre Erwähnung in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ÜV schliesst die von der Gemeinde vertretene Lesart der Bestimmung deshalb nicht aus. Anders als die Beigeladene geltend macht (vgl. Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 38), lässt sich die Auslegung der Gemeinde somit aus dem Wortlaut der Bestimmung herleiten. Es ist folglich rechtlich haltbar, dass nach der Gemeinde grundsätzlich nur einzelne aus der Dachfläche herausragende Bauteile als Dachaufbauten im Sinn von

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 13 Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ÜV gelten sollen, welche die Gebäudehöhe im technisch bedingten Ausmass überschreiten dürfen (vgl. auch angefochtener Entscheid E. 2e S. 8 1. Abschnitt). Die Lüftungsanlagen mit dem Sichtschutz nehmen viel Platz auf den Attikadächern ein und treten mit einer Höhe von knapp 1,9 m stark in Erscheinung; sie überragen die zulässige Gebäudehöhe um 1,4 m (vgl. zulässige Höhenkote gemäss Überbauungsplan 570,5 m. ü. M., act. 15A; OK Monoblock bzw. Lüftungsanlage 571,9 m. ü. M., vgl. vorne E. 2.1). Insbesondere die Monoblocke haben zudem eine gebäudeähnliche Form. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Lüftungsanlagen für sich und insbesondere mit dem Sichtschutz fast wie zusätzliche Geschosse wirken (angefochtener Entscheid E. 2e S. 8). Solche Dachaufbauten können nicht mehr als einzelne aus der Dachfläche herausragende Bauteile im Sinn von Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ÜV gelten, welche die zulässige Gebäudehöhe überschreiten dürfen. Die Lüftungsanlagen (mit und ohne Sichtschutz) sind bereits deshalb nicht bewilligungsfähig.

### **E. 3.5.2**

Es trifft zu, dass Lüftungsaufbauten grundsätzlich als technisch bedingte Dachaufbauten gelten können (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 13 N. 5 Bst. a Lemma 3; BVR 2007 S. 58 E. 4.6.2 [Ventilationsschächte]; VGE 2011/345 vom 23.10.2012 E. 3.8.2 [Lüftungsrohre]). Wie dieser Begriff im Einzelnen zu verstehen ist und wie es sich insoweit mit den betroffenen Aufbauten verhält, kann aber offenbleiben, da diese bereits aufgrund ihrer Dimensionen nicht bewilligungsfähig sind. Wie dargelegt verstärkt sodann der Sichtschutz die gebäudeähnliche optische Wirkung erheblich und ist deshalb unzulässig. Die OLK hat die Lüftungsanlagen ohne Sichtschutz negativ beurteilt (vorne E. 2.4). Selbst wenn die Lüftungsanlagen an sich technisch bedingt wären, wären sie deshalb auch aus ästhetischen

Gründen nicht bewilligungsfähig (vgl. auch angefochtener Entscheid E. 2f S. 9).

### **E. 3.6**

Damit ergibt sich, dass die Auslegung der Gemeinde jedenfalls mit Blick auf die Dimensionen der Lüftungsanlagen rechtlich haltbar ist. Die Lüftungsanlagen sind nicht bewilligungsfähig. Bei diesem Ergebnis ist un- erheblich, ob das Vorhaben mit Sichtschutz nach dem Bericht der OLK mit Art. 7 Abs. 1 ÜV vereinbar ist (vgl. Beschwerden Rz. 40 ff.). Ein Augen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 14 schein verspricht keine neuen Erkenntnisse und der Beweis Antrag wird abgewiesen.

### **E. 4**

Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die Verweigerung der Ausnahmebewilligung bestätigt hat.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 26 Abs. 1 BauG können Ausnahmen von einzelnen kantonalen und kommunalen Bauvorschriften gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Die Ausnahmebewilligung bedeutet, dass von einer allgemein gehaltenen Bestimmung aus besonderen Gründen des Einzelfalls abgewichen werden darf. Dabei geht es um die Behebung einer unverhältnismässigen Härte oder offensichtlichen Unzweckmässigkeit, d.h. einer mit dem Erlass der Vorschrift nicht beabsichtigten Wirkung. Der Ausnahmegrund ist keine absolute Grösse. Ob ein Sachverhalt dem Erfordernis der besonderen Verhältnisse zu genügen vermag, hängt von drei Komponenten ab, nämlich vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von der Art und dem Mass der verlangten Abweichung. Besondere Verhältnisse, die eine Ausnahme rechtfertigen, liegen umso eher vor, je weniger die Ziele der Bauvorschriften gefährdet werden (statt vieler BVR 2015 S. 425 E. 5.1, 2009 S. 87 E. 4.4.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1 und 2, Art. 26-27 N. 3 und 4). Als besondere Verhältnisse im Sinn von Art. 26 Abs. 1 BauG kommen sowohl objektive Besonderheiten (Lage der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrunds, technisch bedingte Ausnahmesituation usw.) wie auch solche in Frage, die in den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Person begründet sind (z.B. Bedürfnisse einer behinderten Person). In jedem Fall müssen besondere, vom Normalfall abweichende Umstände vorliegen. Der blosser Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einer einfach besseren Lösung stellt hingegen keinen Ausnahmegrund dar (BVR 2020 S. 502 E. 3 mit Hinweisen). Als nachträgliche Ausnahmegründe können grundsätzlich nur jene Gründe berücksichtigt werden, die auch vor der Er-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 15 Stellung der Baute hätten vorgebracht werden können. Die Ausnahmebewilligung dient nicht dazu, den illegal geschaffenen Zustand durch eine Ausnahme zu legalisieren, um die Betroffenen von der finanziellen Belastung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verschonen (VGE 2012/419 vom 3.7.2013 [bestätigt durch BGer 1C\_691/2013 vom 28.3.2014] E. 4.2 mit Hinweis auf Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1998, S. 140 f.).

#### **E. 4.2**

Zur Diskussion steht eine Ausnahme von Art. 10 Abs. 1 ÜV und damit von einer Bestimmung der ÜO. Im Rahmen der Planung hat die Gemeinde eine spezifisch auf die beiden Grundstücke im Perimeter der ÜO zugeschnittene Bauordnung geschaffen. Ausnahmen sind in einer solchen Situation zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, aber mit besonderer Zurückhaltung zu gewähren (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4 Bst. c). Die Beschwerdeführerinnen legen nicht dar, inwiefern hier eine ungewollte Auswirkung der Norm im Einzelfall verhindert werden soll; solches ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr würde ihre Sichtweise auf die Korrektur der Vorschrift hinauslaufen. Dies ist auf dem Ausnahmeweg jedoch ausgeschlossen (BGE 117 Ib 125 E. 6d; BVR 2005 S. 156 E. 4.2 und 4.7). Die Nutzungsordnung muss in einem solchen Fall im gesetzlichen Verfahren für die Änderung von Vorschriften und Plänen angepasst werden (Art. 58 ff. BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1a mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen VGE 2012/419 vom 3.7.2013 [bestätigt durch BGer 1C\_691/2013 vom 28.3.2014] E. 4.7, 2011/131 vom 14.3.2012 E. 4.5.3; vgl. zu Ausnahmen von Überbauungsordnungen auch BVR 2008 S. 385 E. 4.2.2, 2004 S. 440 [VGE 21198/21200 vom 18.12.2003] nicht publ. E. 3.4.3; VGE 2012/191/192 vom 22.4.2013 E. 6.3; Daniel Gallina, Die Ausnahme bestätigt die Regel, in KPG-Bulletin 2002 S. 50 ff., 55).

#### **E. 4.3**

Ohnehin liegen hier aber keine besonderen Verhältnisse vor mit der Begründung, für die zum Erreichen des Minergie-Standards nötige Lüftungsanlage sei in den Technikräumen im Untergeschoss kein Platz vorhanden bzw. es habe nicht für alle technischen Anlagen genügend Raum im Untergeschoss eingeplant werden können (Beschwerden Rz. 60 ff.; Ausnahmegesuch vom 2.6.2016, act. 4B pag. 211-213; Stellungnahme ... AG vom 28.1.2016, act. 4B pag. 239): Dass keine andere Lösung für die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 16 Lüftungsanlagen möglich gewesen wäre, machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend; namentlich äussern sie sich im Zusammenhang mit der Ausnahmegewilligung nicht zu den von der Vorinstanz genannten Alternativen wie z.B. Einzelgeräten in den Wohnungen oder Verzicht auf einen Teil des Wohnraums zu Lasten der Lüftungsanlagen. Es geht mithin nicht um die Behebung einer Unzweckmässigkeit; vielmehr streben die Beschwerdeführerinnen mit der beantragten Ausnahme die vorteilhafteste Lösung an, was keinen Ausnahmegrund darstellt.

#### **E. 4.4**

Daran ändert nichts, dass die Lüftungsanlagen bereits gebaut sind (vorne E. 4.1 a.E.) und hohe Kosten für eine andere Lösung anfallen. Insbesondere spielt keine Rolle, ob die Beschwerdeführerin 1 bei der Ausführung der Lüftungsanlagen ohne Baubewilligung gutgläubig im baurechtlichen Sinn war. Diese Frage ist im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu klären (hinten E. 5.2). Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Stelle im Kommentar zum BauG befasst sich mit Beispielen aus der Rechtsprechung zur Frage der besonderen Verhältnisse (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 5 Lemma 7). Aus den zitierten VGE 2016/103 vom 11. Oktober 2016 E. 4.4 und VGE 22910 vom

#### **E. 4.5**

Art. 10 Abs. 1 ÜV befasst sich gemäss Randtitel mit den Gebäudehöhen; diese sollen nur von bestimmten Dachaufbauten überragt werden (vorne E. 3). Die Gebäudemasse sind ein Hauptmerkmal einer Baute (vorne E. 3.5.1). Die entsprechenden Bestimmungen sind folglich von erheblicher Bedeutung (vgl. BVR 2020 S. 502 E. 4.5). Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine ästhetische Zielsetzung der Bestimmung dazu führen sollte, dass sie von geringerer Bedeutung wäre (Beschwerden Rz. 52 ff.). Die Normabweichung kann schliesslich mit Blick auf die Dimensionen der Dachaufbauten (vorne E. 2.1 und 3.5.1) nicht als geringfügig gelten, was schon die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat. Dass die OLK die Ausführung der Lüftungsanlagen mit dem Sichtschutz positiv beurteilt hat, ist insoweit unerheblich (Beschwerde Rz. 49 ff.; vgl. zum Antrag eines Augenscheins vorne E. 3.6).

#### **E. 4.6**

Die Vorinstanz hat die Verweigerung der Ausnahmegewilligung mangels Ausnahmegrund somit zu Recht geschützt. Die Lüftungsanlagen auf dem Dach sind auch materiell rechtswidrig.

#### **E. 5**

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz die Verfügung der Gemeinde auch hinsichtlich der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bestätigen durfte.

#### **E. 5.1**

Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 47 Abs. 6 BewD; statt vieler BVR 2020 S. 380 E. 2.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9). Sie kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen entgegenstehen (BGE 136 II 359 E. 7.1, 132 II 21 E. 6; BVR 2003 S. 97 E. 3b; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a). Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 18 gutgläubig hat sein können (BVR 2013 S. 85 E. 6.2 mit Hinweisen). Es darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist (BVR 2006 S. 444 E. 5.4). Wer eine bauliche Nutzung anstrebt, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht, auch nach allfälligen neuen Vorschriften, erkundigen. Wer es unterlässt, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, ob ein nicht eindeutig bewilligungsfreies Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf, handelt fahrlässig und kann sich nicht auf guten Glauben berufen (BGE 132 II 21 E. 6.1). Die Bauherrschaft muss sich das Wissen(müssen) von Fachpersonen, die sie beigezogen hat, anrechnen lassen (BGE 132 II 21 E. 6.2.2; BGer 1C\_276/2016 vom 2.6.2017, in BVR 2018 S. 10 E. 3.3).

#### **E. 5.2**

Nach den Angaben der Beschwerdeführerin 1 waren die Lüftungsanlagen von Anfang an auf den Dächern vorgesehen (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 an die Bauverwaltung vom 4.6.2018, act. 4B pag. 29 f. Ziff. 3) und aus Versehen nicht in die Pläne eingezeichnet

wor- den, was sie nicht bemerkt habe (vgl. Beschwerden Rz. 70 ff.). Den Aus- führungen der Beigeladenen zufolge waren die Dachaufbauten nicht von Anfang an geplant und erfolgte die Änderung des HLKE Konzepts an der Fachplanersitzung vom 6. März 2014 (Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 7 ff.; vgl. auch vorne E. 2.2.1). Insoweit sind die Angaben der Be- schwerdeführerin 1 und der Beigeladenen nicht deckungsgleich. Es ist aber grundsätzlich unerheblich, ob die Dachaufbauten absichtlich oder aus Ver- sehen nicht in den Plänen eingezeichnet wurden. Ohnehin gesteht die Be- schwerdeführerin 1 selber zu, dass die Bewilligungspflicht für die Lüftungs- anlagen bekannt war, wobei sie nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten kann, dass sie sich als Pensionskasse und Investorin auf die beauftragten Baufachleute verlassen hat, deren Handeln sie sich nach dem Gesagten anrechnen lassen muss (vgl. E. 5.1 hiervor). Die Beschwerdeführerin 1 macht nicht geltend, dass die Gemeinde ihr eine vertrauensbegründende Auskunft erteilt habe. Nichts anderes folgt aus den Ausführungen der Bei- geladenen zur Bauherrenorganisation und zum Projektablauf (vgl. Stel- lungnahme vom 4.12.2019 Rz. 10-25): Aussagen des Bauverwalters an der Bauabnahme können von vornherein keine Vertrauensgrundlage bilden, waren die Lüftungsanlagen zu diesem Zeitpunkt doch bereits erstellt. Im

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 19 Übrigen vermag eine Bauabnahme (Schlusskontrolle) eine fehlende Bau- bewilligung nicht zu ersetzen (BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2; zuletzt VGE 2019/317 vom 12.10.2020 E. 4.4). Das Protokoll der Bauabnahme, Aussagen einer für die Beigeladene an der Bauabnahme anwesenden Per- son und das Schreiben der Gemeinde vom 10. Dezember 2015 verspre- chen demnach keine neuen Erkenntnisse; die entsprechenden Beweis- anträge, die genannten weiteren Unterlagen einzuholen und eine Zeugin zu befragen, werden abgewiesen. Dass der Bauverwalter bei einer Kontrolle der Baustelle vor dem Baubeginn der Lüftungsanlagen zugesichert hätte, diese könnten bewilligt werden, macht die Beigeladene selber nicht geltend (vgl. Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 11 f.). Schliesslich sind im Ausfüh- rungsplan zur Umgebungsgestaltung, den die Bauverwaltung am 13. Okto- ber 2015 als «bewilligt» abgestempelt hat, die Dachaufbauten zwar einge- zeichnet (Plan HO-HW Umgebung vom 26.11.2014, letzte Revision 17.8.2015, in act. 4B2). Der Plan betrifft aber die Umgebungsgestaltung und nicht etwa Dachaufbauten. Der Beigeladenen (bzw. der Beschwerde- führerin 1) musste klar sein, dass die Lüftungsanlagen auf dieser Grundla- ge nicht als bewilligt gelten können (vorne E. 2.2.2). Die Beschwer- deführerin 1 kann demnach nicht als im baurechtlichen Sinn gutgläubig gelten.

### **E. 5.3**

An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht im Allgemeinen ein öffentliches Interesse, da der Einhaltung der baurechtli- chen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten und Anlagen, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, grosses Gewicht beizumessen ist (BGE 136 II 359 E. 6; BVR 2003 S. 97 E. 3d; Zaugg/ Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a). Wohl hat die OLK die Lüftungsanlagen mit dem Sichtschutz positiv beurteilt. Daraus ist aber nicht zu schliessen, dass ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung fehlt, soweit dies die Beschwerdeführerinnen geltend machen wollen. Dachaufbauten, die Art. 10 Abs. 1 ÜV nicht entsprechen, sollen unabhängig von der Gestaltung die zulässige Gebäudehöhe nicht überragen. Diese Bestimmung dient so- dann nicht ausschliesslich dem Ortsbildschutz, sondern hat auch nachbar- schützende Funktion (vgl. BGE 127 I 44 E. 2d; BVR 2020 S. 502 E. 4.5, je mit Hinweisen). Das öffentliche Interesse ist auch nicht zu relativieren, weil in der

Baukommission abweichende Meinungen zur Auslegung von Art. 10

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 20 Abs. 1 ÜV vertreten wurden (vgl. Stellungnahme der Beigeladenen vom 4.12.2019 Rz. 74). Schliesslich kommt den Gebäudemassen grosse Bedeutung zu und kann hier die Abweichung vom Erlaubten nicht als geringfügig gelten (vorne E. 3.5.1 und E. 4.5). Es besteht demnach ein erhebliches öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

#### **E. 5.4**

Umstritten ist weiter, ob die Wiederherstellung verhältnismässig ist.

##### **E. 5.4.1**

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass die angeordnete Massnahme geeignet ist, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Sie darf nicht weitergehen, als für diesen Zweck notwendig ist (Erforderlichkeit). Zudem muss die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des oder der Pflichtigen durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Zumutbarkeit; zur Verhältnismässigkeit von Wiederherstellungsmassnahmen statt vieler Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c; VGE 2018/243 vom 27.1.2020 E. 6.1). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unverhältnismässig sein, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn die pflichtige Person in gutem Glauben angenommen hat, die von ihr ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht schwerwiegenden öffentlichen Interessen widerspricht (BGE 132 II 21 E. 6; BGer 1C\_578/2019 vom 25.5.2020 E. 6.1 [betrifft VGE 2018/189 vom 2.10.2019]).

##### **E. 5.4.2**

Die Beschwerdeführerinnen schlagen als geeignetere und mildere Wiederherstellungsmassnahme die Einhausung der Lüftungsanlagen vor, wie im nachträglichen Baugesuch vorgesehen (vgl. Beschwerden Rz. 86-94 bzw. 88-96). Auch wenn die Lüftungsanlagen mit dem Sichtschutz nach Einschätzung der OLK in ästhetischer Hinsicht nicht zu beanstanden sind (vorne E. 2.4), bleibt es dabei, dass die zulässige Gebäudehöhe überschritten ist (vorne E. 3.5). Als (mildere) Wiederherstellungsmassnahme scheidet die Einhausung der Lüftungsanlagen deshalb aus. Sie ist nicht geeignet, den rechtmässigen Zustand zu erreichen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 21

##### **E. 5.4.3**

Grundsätzlich ist die von der Gemeinde angeordnete Entfernung der ohne Baubewilligung erstellten Lüftungsanlagen zwar geeignet, den rechtmässigen Zustand mit Bezug auf zulässige Dachaufbauten wiederherzustellen (vorne E. 5.3; vgl. auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10 3. Absatz). Die Beigeladene bringt aber vor, dass damit eine neue Rechtswidrigkeit entstehe. Gemäss Art. 17 Abs. 3 ÜV erhöht sich das Nutzungsmass um 5 %, wenn bei der Überbauung der Höchstanteil nicht erneuerbarer Energie maximal 25 % beträgt. Dies ist nach Angaben der Beigeladenen nur mit den Lüftungsanlagen zu erreichen. Zudem benötigten die geschlossenen Räume (ohne Fenster) ebenfalls eine Lüftung (Stellungnahme der Beigeladenen vom 4.12.2019 Rz. 30 und 70 ff.; ferner Ausnah-

me gesuch vom 2.6.2016, act. 4B pag. 212 f.). Auch aus den Eingaben der Beschwerdeführerinnen ist zu schliessen, dass nicht auf die Lüftungsanlagen verzichtet werden kann. Damit steht fest, dass die Entfernung der Lüftungsanlagen für sich allein keine geeignete Wiederherstellungsmassnahme ist. Die Gebäude sind nach dem Gesagten auf eine Lüftungsanlage angewiesen, was im Übrigen auch die Gemeinde nicht bestreitet. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erfordert demnach, dass als Ersatz für die bestehenden mit der ÜO vereinbare Lüftungsanlagen erstellt werden. Der angefochtene Entscheid hält der Rechtskontrolle demnach nicht stand, soweit er die Anordnung des rechtmässigen Zustands durch die Gemeinde vorbehaltlos bestätigt, sieht dieser doch die ersatzlose Entfernung der Lüftungsanlagen vor.

#### **E. 5.4.4**

Die Beschwerdeführerinnen und die Beigeladene haben verschiedene Varianten für Lüftungsanlagen im Gebäudeinnern in Erwägung gezogen (Beschwerden Rz. 106 ff. bzw. 108 ff.; vgl. auch Ausnahmegesuch vom 2.6.2016, act. 4B pag. 212). Geeignete Wiederherstellungsmassnahmen sind also möglich. Die Beschwerdeführerin 1 macht zwar geltend, für den Einbau der Lüftungsanlagen im Gebäudeinnern sei nach heutiger grober Schätzung mit Kosten von zwischen Fr. 700'000.-- und 1 Mio. zu rechnen, weshalb die Wiederherstellung unverhältnismässig und darauf zu verzichten sei. Ein Verzicht auf die Wiederherstellung ist aber ohne genaue Kenntnis der Wiederherstellungsvarianten und -kosten von vornherein nicht in Betracht zu ziehen, zumal ein erhebliches öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht und die Abwei-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 22 chung vom Erlaubten wie erwähnt nicht unbedeutend ist (vorne E. 5.3); die Bauherrschaft gilt zudem als im baurechtlichen Sinn bösgläubig (vorne E. 5.2). Bei dieser Ausgangslage haben wirtschaftliche Interessen nach der Rechtsprechung kaum je ausschlaggebendes Gewicht (vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c; vgl. auch angefochtener Entscheid E. 5f f.).

#### **E. 5.5**

Damit steht fest, dass die von der Gemeinde angeordnete Wiederherstellungsmassnahme nicht geeignet und eine neue anzuordnen ist. Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid insoweit aufzuheben, als er die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands durch die Gemeinde bestätigt. Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, als letzte kantonale Instanz geeignete Varianten für mit der ÜO vereinbare Lüftungsanlagen zu prüfen und anzuordnen. Wie die Beigeladene zutreffend festhält, ist eine umfassende Neuplanung der Lüftungsanlagen und anschliessend ein Baugesuch nötig (vgl. Stellungnahme vom 4.12.2019 Rz. 73; dazu auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10d). Die Sache ist deshalb an die Gemeinde zurückzuweisen. Diese hat der Beschwerdeführerin 1 Frist zu setzen zum Einreichen eines Baugesuchs für neue Lüftungsanlagen. Es steht ihr frei, die im Subeventualbegehren als mildere Wiederherstellungsvariante beantragte Lösung zur Diskussion zu stellen. Die Beschwerdeführerin 1 hat gleichzeitig mit Einreichen des Baugesuchs detailliert darzulegen, welche Kosten ihr entstehen. Die Gemeinde wird das Baugesuch auf seine Übereinstimmung mit der ÜO zu prüfen haben; allenfalls können bestimmte Anlageteile auf dem Dach erstellt oder bestehende belassen werden. In der Folge wird sie namentlich zu untersuchen haben, ob die neu zu erstellende Lüftungsanlage als

Wiederherstellungsmassnahme dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält.

### **E. 6.1**

Die Kosten sind nach dem Unterliegerprinzip zu verlegen (Art. 108 VRPG). Wer kraft Beiladung Parteirechte ausübt, wird gestützt auf Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG ebenfalls kostenpflichtig und hat Anspruch auf Parteikostenersatz wie eine Hauptpartei (BVR 2020 S. 93 E. 5.1; VGE 21596U2)

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 23 vom 7.5.2014 E. 10.3.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 14 N. 11; Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 8 und 35). Es steht fest, dass die Lüftungsanlagen auf dem Dach nicht bewilligungsfähig sind; insoweit gelten die Beschwerdeführerinnen und die Beigeladene als unterliegend. Als obsiegend gelten sie mit Blick auf die Rückweisung an die Gemeinde zur Neubeurteilung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (vgl. BVR 2020 S. 455 E. 5.1, 2016 S. 222 E. 4.1). Es rechtfertigt sich deshalb, je von einem hälftigen Obsiegen der Beschwerdeführerinnen und der Beigeladenen auszugehen.

### **E. 6.2**

Auch bei vereinigten Verfahren sind die Kosten so zu verlegen, wie wenn die verschiedenen Eingaben getrennt behandelt worden wären (Michel Daum, a.a.O., Art. 17 N. 10; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 106 N. 5). Verringert sich durch die gemeinsame Behandlung wie hier der Bearbeitungsaufwand, so ist diesem Umstand bei der Festsetzung der Verfahrenskosten Rechnung zu tragen (Art. 103 Abs. 2 VRPG; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 103 N. 6). Die Beschwerdeführerinnen haben weitgehend identische Rechtsschriften eingereicht. Es rechtfertigt sich deshalb, die Verfahrenskosten für beide Verfahren gleich festzusetzen. Die Beigeladene hat nur Kosten im Verfahren 100.2019.273 zu tragen, da nur zur Beschwerdeführerin 1 eine Rechtsbeziehung besteht (vgl. dazu Michel Daum, a.a.O., Art. 14 N. 4). Die Kosten des Verfahrens 100.2019.273 sind der Beschwerdeführerin 1 und der Beigeladenen je zu einem Viertel aufzuerlegen. Der Beschwerdeführerin 2 ist die Hälfte der Kosten des Verfahrens 100.2019.275 aufzuerlegen. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben, da die Gemeinde nicht in Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Sodann hat die Gemeinde als im Baupolizeiverfahren notwendige Partei den Beschwerdeführerinnen und der Beigeladenen je die Hälfte der Parteikosten zu ersetzen; sie hat ihrerseits keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 und Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 sowie die Beigeladene sind mehrwertsteuerpflichtig und können deshalb die von ihrer Rechtsvertreterin bzw. ihren Rechtsvertretern auf sie überwälzte Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen; es fällt also kein Aufwand für Mehrwertsteuer an, der bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes zu berücksichtigen wäre (BVR 2014 S. 484 E. 6; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 10).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 24

### **E. 6.3**

Zur Bemessung des Anwaltshonorars ergibt sich Folgendes:

#### **E. 6.3.1**

Das Honorar gemäss Art. 41 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (PKV; BSG 168.811) beträgt in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV, wobei sich der Parteikostensatz innerhalb dieses Rahmentarifs nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemisst (Art. 41 Abs. 3 KAG).

### **E. 6.3.2**

Zu beachten ist zunächst, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerden und die Beschwerden an die Vorinstanz der Beschwerdeführerinnen grösstenteils übereinstimmen. Die jeweiligen Kostennoten der Rechtsvertreterinnen der Beschwerdeführerin 2 sind aber deutlich höher als diejenigen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin 1. Im Verfahren vor der Vorinstanz hatte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 2 angeben, die Beschwerde verfasst zu haben («Redaktion Beschwerde», vgl. Kostennote vom 23.5.2019 act. 4A pag. 47), während der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin 1 die Baubeschwerde lediglich überarbeitet hat (vgl. Kostennote vom 20.5.2019, act. 4A pag. 44). Diesem Umstand ist bei der Bemessung des Parteikostensatzes in beiden Verfahren Rechnung zu tragen (vgl. auch hinten E. 6.5).

### **E. 6.3.3**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin 1 macht für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht mit Kostennote vom 6. November 2020 ein Honorar von Fr. 5'900.-- geltend, was für eine solche Streitigkeit grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Es rechtfertigt sich aber eine Kürzung um einen Drittel, da davon auszugehen ist, dass er auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde lediglich überarbeitet hat (vgl. E. 6.3.2 hiavor). Der Rechtsvertreter macht weiter einen Zuschlag von 50 % nach Art. 11 Abs. 2 PKV geltend. In Baustreitigkeiten sind vermögensrechtliche Interessen nur mittelbar betroffen, weshalb nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in der Regel kein solcher Zuschlag gewährt wird (BVR 2010 S. 433 E. 8.3; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 104 N. 20). Weshalb es hier anders sein sollte, ist nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 25 ersichtlich. Der Parteikostensatz ist auf Fr. 3'933.35 zuzüglich Auslagen festzusetzen.

### **E. 6.3.4**

Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 2 macht in ihrer Kostennote vom 4. November 2020 ein Honorar von 11'800.-- und einen Zuschlag von 45 % gemäss Art. 11 Abs. 2 PKV geltend. Der in der Sache gebotene Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses seien überdurchschnittlich. Das trifft allerdings nur für die Bedeutung der Streitsache zu. Die Rechtsvertreterin war aus dem vorinstanzlichen Verfahren bereits mit der Angelegenheit vertraut und es haben sich im Verfahren vor Verwaltungsgericht im Wesentlichen die gleichen Fragen gestellt. Der gebotene Zeitaufwand muss deshalb als durchschnittlich gelten. Dasselbe gilt für die Schwierigkeit des Prozesses. Das geltend gemachte Honorar erscheint deshalb als deutlich überhöht. Nach dem Gesagten kommt ein Zuschlag nach Art. 11 Abs. 2 PKV auch hier nicht in Betracht (E. 6.3.3 hiavor). Es rechtfertigt sich, den Parteikostensatz auf Fr. 6'000.-- zuzüglich Auslagen festzusetzen.

### **E. 6.3.5**

Der Rechtsvertreter der Beigeladenen macht ein Honorar von Fr. 11'800.-- und einen Zuschlag gemäss Art. 9 PKV von Fr. 6'200.-- geltend (Kostennote vom 4.11.2020). Es trifft zwar zu, dass sich der Rechtsvertreter erstmals für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht mit der Streitsache befasst hat. Das Verfahren war aber nicht besonders aufwendig. Der Rechtsvertreter verfasste einzig die Stellungnahme vom 4. Dezember 2019 und es wurde kein Beweisverfahren durchgeführt. Auch wenn der Mehraufwand berücksichtigt wird, der aus der erstmaligen Befassung mit der Streitsache entstanden ist, erscheint ein Zeitaufwand von 62 Stunden nicht als gerechtfertigt. Zu ersetzen sind sodann nur die Kosten, die im Zusammenhang mit den baurechtlichen Fragestellungen vor Verwaltungsgericht entstanden sind. Soweit auch Abklärungen zur zivilrechtlichen Seite der Streitigkeit getroffen wurden, kann der entsprechende Aufwand hier nicht geltend gemacht werden. Mit Blick auf den leicht überdurchschnittlichen gebotenen Zeitaufwand, die überdurchschnittliche Bedeutung der Streitsache und die durchschnittliche Schwierigkeit des Prozesses ist der Parteikostenersatz auf Fr. 8'000.-- zuzüglich Auslagen festzusetzen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 26 Ein Zuschlag nach Art. 9 PKV kommt nicht in Betracht, ist die Streitsache nach dem Gesagten doch nicht besonders aufwendig.

### **E. 6.4**

Die Kosten des Verfahrens vor der Vorinstanz sind nach denselben Grundsätzen zu verlegen, wobei die Beigeladene an diesem Verfahren nicht beteiligt war. Die Beschwerdeführerin 1 und die im Verfahren vor der Vorinstanz beigeladene Beschwerdeführerin 2 haben die Kosten des Verfahrens vor der Vorinstanz je zu einem Viertel zu tragen und haben Anspruch auf Ersatz der Hälfte ihrer Parteikosten durch die Gemeinde.

### **E. 6.5**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin 1 hat für das Verfahren vor der Vorinstanz ein Honorar von Fr. 2'187.50 geltend gemacht (Kostennote vom 20.5.2019, act. 4A pag. 44), die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 2 ein Honorar von Fr. 6'900.-- (Kostennote vom 23.5.2019 act. 4A pag. 47). Die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen sind wie die Verwaltungsgerichtsbeschwerden praktisch identisch. Die unterschiedliche Höhe der Honorare lässt sich damit erklären, dass den Angaben in den Kostennoten zufolge die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin 2 die Beschwerde verfasst hat, während der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin 1 diese Beschwerde anschliessend für seine Klientin lediglich überarbeitet hat (vorne E. 6.3.2). Die Parteikosten sind folglich den Kostennoten entsprechend festzusetzen, da sie mit Blick auf die Bemessungskriterien von Art. 41 Abs. 3 KAG angemessen sind. Für das vorinstanzliche Verfahren haben die Beschwerdeführerinnen richtigerweise keinen Zuschlag nach Art. 11 Abs. 2 PKV verlangt.

### **E. 7**

Gegen das vorliegende Urteil steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Soweit die Sache an die Gemeinde zur Fortsetzung des Verfahrens zurückgewiesen wird, handelt es

sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG (vgl. BGE 138 I 143 E. 1.2; BGer 1C\_500/2016 vom 30.5.2017 E. 1.2), weshalb die Beschwer-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 27 de insoweit nur zulässig ist, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerden in den Verfahren 100.2019.273 und 100.2019.275 werden teilweise gutgeheissen. Der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 22. Juli 2019 wird insoweit aufgehoben, als die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands durch die Gemeinde bestätigt wird. Die Sache wird im Sinn der Erwägungen an die Einwohnergemeinde Kirchlindach zurückgewiesen. Im Übrigen werden die Beschwerden in den Verfahren 100.2019.273 und 100.2019.275 abgewiesen. 2. a) Die Kosten des Verfahrens 100.2019.273, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von insgesamt Fr. 2'500.--, werden der Beschwerdeführerin 1 und der Beigeladenen je zu einem Viertel, ausmachend je Fr. 625.--, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben. b) Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin 1 die Parteikosten für das Verfahren 100.2019.273, festgesetzt auf Fr. 4'058.55 (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 2'029.30, zu ersetzen. c) Die Beschwerdegegnerin hat der Beigeladenen die Parteikosten für das Verfahren 100.2019.273, festgesetzt auf Fr. 8'444.30 (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 4'222.15, zu ersetzen. 3. a) Die Kosten des Verfahrens 100.2019.275, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von insgesamt Fr. 2'500.--, werden der Beschwerdeführerin 2 zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'250.--, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 28 b) Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin 2 die Parteikosten für das Verfahren 100.2019.275, festgesetzt auf Fr. 6'270.-- (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 3'135.--, zu ersetzen. 4. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern von insgesamt Fr. 2'400.-- werden den Beschwerdeführerinnen je zu einem Viertel, ausmachend je Fr. 600.--, auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben. b) Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin 1 die Parteikosten für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, festgesetzt auf Fr. 2'255.50 (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'127.75, zu ersetzen. c) Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin 2 die Parteikosten für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, festgesetzt auf Fr. 7'090.-- (inkl. Auslagen), zur Hälfte, ausmachend Fr. 3'545.--, zu ersetzen. 5. Zu eröffnen: - Beschwerdeführerin 1 - Beschwerdeführerin 2 - Beschwerdegegnerin - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern - Beigeladene und mitzuteilen: - kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder Der Abteilungspräsident: Die Gerichtsschreiberin:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12.01.2021, Nrn. 100.2019.273/275U, Seite 29 Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.